



CENTRO UNIVERSITÁRIO DO UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

LUIZA RIBEIRO TESTON

**O CONTROLE EXTERNO DO TCU NOS CRIMES DE
FRAUDE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS**

BRASÍLIA

2009

LUIZA RIBEIRO TESTON

**O CONTROLE EXTERNO DO TCU NOS CRIMES DE
FRAUDE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc Salomão Almeida
Barbosa

BRASÍLIA

2009

À minha mãe Clarisse e ao meu pai Luiz, pelo investimento, amor, apoio e confiança. Ao meu irmão Mateus pelo exemplo e à minha avó Lourdes pelo carinho.

AGRADECIMENTO

Agradeço, à minha família, participante do incentivo em concluir este curso de graduação;

Ao meu pai pelo grande apoio para realização e conclusão deste trabalho;

Ao meu orientador, Professor MSc Salomão Almeida Barbosa, pela contribuição, atenção e dedicação prestadas;

A todos que de alguma forma contribuíram para que este trabalho pudesse ser concluído.

RESUMO

Trata-se de monografia que tem como objetivo analisar o crime de fraude em licitações públicas e o respectivo controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, que mesmo sendo um tribunal primordialmente administrativo, exerce controle dos crimes previstos na Lei nº 8.666/93. Assim, inicialmente, abordam-se os temas relativos aos Tribunais de Contas e Licitações Públicas. Posteriormente são analisados os crimes de fraudes. Por fim, o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Direito Penal. Licitações Públicas. Fraude. Controle externo. Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 TRIBUNAIS DE CONTAS E LICITAÇÕES PÚBLICAS	12
1.1 O controle da atividade administrativa	12
1.2 Funções dos Tribunais de Contas e sua natureza jurídica.....	16
1.3 Licitações Públicas e seus princípios.....	18
1.3.1 <i>Legalidade</i>	23
1.3.2 <i>Impessoalidade</i>	24
1.3.3 <i>Moralidade</i>	25
1.3.4 <i>Igualdade</i>	26
1.3.5 <i>Publicidade</i>	26
1.3.6 <i>Probidade administrativa</i>	27
1.3.7 <i>Vinculação ao instrumento convocatório</i>	27
1.3.8 <i>Julgamento Objetivo</i>	28
2 CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	30
2.1 Natureza Jurídica	30
2.2 Tipificação	35
3 CONTROLE EXTERNO DOS ATOS DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS E DE TERCEIROS PARTICIPANTES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO	38
3.1 Competência do Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo	38
3.2 Sanções aplicáveis em decorrência da apuração de fraude em licitação	45
3.3 Limite de aplicação das sanções pelo TCU	49
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

Com base na Constituição Federal do Brasil, de 5 de outubro de 1988, na Lei de Licitações e Contratos N° 8.666, de 21 de junho de 1993, é que está pautada esta análise, tendo como foco os crimes relacionados com fraudes em licitações públicas e o controle a cargo pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que ao exercerem “controles” sobre os procedimentos licitatórios, minimizam e, em muitos casos, até inibem a ocorrência dos crimes de dano contra ao erário por meio de processos licitatórios fragmentados, fraudados, mal estruturados, com fuga à modalidade licitatória, com preços superfaturados, contribuindo, assim, para que o dinheiro público, o dinheiro do contribuinte retorne à sociedade por meio da aplicação no correto objeto, sem desvios da finalidade, além de auxiliarem os órgãos responsáveis pela fiscalização efetiva da Lei.

Muito se discute a respeito da autonomia do Tribunal de Contas e a eficácia de suas decisões; durante o trabalho ficará demonstrado que o órgão em questão não faz parte de nenhum Poder, somente exerce funções de auxílio, exemplo é o controle externo feito nos órgãos da Administração Pública, que o TCU atua em conjunto com o Poder Legislativo, o que deixa caracterizada sua autonomia como órgão de fiscalização e controle. A eficácia das decisões do Tribunal é relativa, pois, em regra todas são de observância obrigatória por parte dos responsabilizados, no entanto, caso não haja esta observância, será demonstrado que resta ao Tribunal cobrar por meio do Judiciário.

O interesse pela matéria partiu do fato de lidar diariamente com a questão; pelo desejo de ver o país crescer livre desse “câncer” que é a corrupção, e pela consciência da

necessidade de mais pessoas conhecerem a realidade e a necessidade da aplicação das leis nas contratações realizadas pela Administração Pública.

O interesse acadêmico pelo assunto pautou-se na idéia da contemporaneidade do tema, visto que são muitos os conflitos de interesses em processos de licitações públicas.

A vontade de contratação com o Estado pelos entes privados, visando à remuneração lucrativa, é enorme e conseqüentemente, também são de enorme incidência os casos de fraude nestas contratações. O controle externo feito pelo TCU nos órgãos da Administração Pública deve ser caminho para diminuir demandas judiciais e combater, até o limite de sua competência, as tentativas de burlar regras que norteiam os procedimentos que regem as compras do governo e com isto causam danos ao erário público.

O trabalho é dividido em três capítulos. Logo no primeiro capítulo, será analisado o controle externo feito pela Corte de Contas, bem como serão analisados os princípios aplicáveis às licitações públicas, posteriormente, no segundo capítulo o estudo tem como foco os crimes previstos na Lei de Licitações, especificamente o crime de fraude, para finalizar o trabalho, o terceiro capítulo une as idéias anteriores, com a pesquisa de como é feito este controle externo nos crimes de licitações públicas, tendo em vista que tais crimes acarretam prejuízo ao erário público e por isto podem ser alcançados pela competência do Tribunal de Contas da União.

A hipótese colocada em discussão é sobre o aumento de casos de fraudes em licitações públicas, em contrapartida a complexidade da Lei e a fragilidade dos mecanismos de fiscalização, que geram uma situação inversamente proporcional, ou seja, enquanto as

notícias de fraudes aumentam, a fiscalização só consegue minimizar as ocorrências e nem sempre apurar aqueles caos, muitas vezes já concretizados.

1 TRIBUNAIS DE CONTAS E LICITAÇÕES PÚBLICAS

1.1 O controle da atividade administrativa e os tribunais de contas

A idéia de controle existe desde os tempos coloniais. Em 1680 foram criadas as primeiras Juntas da Fazenda que eram controladas por Portugal. Passados alguns anos, já em 1808, foi instaurado o Erário Régio, com função precípua de acompanhar a execução da despesa pública. Em 1824, com a Constituição monárquica, foi transformado no Tesouro, onde foram previstos balanços e orçamentos. As discussões sobre a criação de um Tribunal de Contas teve duração de quase um século, somente em 1890, por iniciativa do Ministro da Fazenda, Rui Barbosa, por meio do Decreto nº 966-A, é que foi criado o Tribunal de Contas da União (TCU), guiado pelos princípios da autonomia, da fiscalização, do julgamento e da energia, foi instituído pela Constituição de 1891, por intermédio do artigo 89, ¹ um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso, cujos membros eram nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderiam seus lugares por sentença.

Distribuir competências entre órgãos e agentes, bem como instituir certos tipos e formas de controle da atividade, objetivando a proteção da própria Administração e também da sociedade é pressuposto da organização da Administração Pública no Estado de Direito, só é possível existir um Estado Democrático de Direito, se as espécies de controle existentes forem capazes de garantir o exercício constitucional, regular a democracia, preservar a ordem jurídica, a autonomia e a independência dos poderes, por meio de um sistema de freios e contrapesos. ²

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Breve Histórico**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15 maio 2009.

² GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 23-25.

A palavra controle tem dois sentidos, controle-fiscalização: que indica o acompanhamento e a fiscalização da conduta, verificando o cumprimento dos requisitos e a realização dos fins e o controle-orientação, este aponta qual a forma e o fim, ou seja, indica o conteúdo da conduta.³

O controle é um processo de redução de poder, é uma ação preventiva antes que ações ilícitas, incorretas ou impróprias possam atentar contra os princípios Constitucionais. O controle não elimina a autonomia, mas garante à sociedade que os sujeitos investidos em competências estatais não atuarão arbitrariamente.

Segundo o art. 113 da Lei de licitações, o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela 8.666/93, será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação, controladas pelo Tribunal de Contas da União e pelos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios.⁴

A Corte de Contas sumulou sua competência manifestando que:

Com o sistema de controle externo, instituído pela Constituição de 1967 e disciplinado em legislação ordinária pertinente, não compete ao Tribunal de Contas da União julgar ou aprovar previamente contratos, convênios, acordos ou ajustes celebrados pela Administração Pública. Pode, todavia, o Tribunal, no exercício da auditoria financeira e orçamentária e com vistas ao julgamento das contas de responsáveis ou entidades sob a sua jurisdição, tomar conhecimento dos respectivos termos, para, se verificar ilegalidade ou irregularidade, adotar providências no sentido de saná-la ou evitar a sua reincidência.⁵

³ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle da sociedade anônima**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1983, p. 54-55.

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas: orientações básicas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p. 371.

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 078. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em 27 maio 2009.

O controle externo da administração pública compreende primeiramente o controle parlamentar direto, o controle pelo tribunal de contas e por fim o controle jurisdicional. São órgãos externos que fiscalizam as ações da administração pública e o seu funcionamento. O controle externo é a fiscalização e a apreciação das prestações de contas dos administradores públicos, por ente que está fora do âmbito daquele que é fiscalizado. O foco principal do controle são as despesas, para que estas não ultrapassem os limites estabelecidos nos orçamentos. No Brasil este controle é feito pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme disposto no artigo 70 da Constituição Federal de 1988.⁶

A origem do dever de prestar contas tem cerca de dois mil e seiscentos anos e parece ser um princípio natural entre nós, porém, mesmo assim, o ordenamento jurídico teve o cuidado de positivizar esta norma, deixar claro e expresso a obrigatoriedade desta conduta, qual seja, do dever de prestar contas. Nos dias de hoje, a prestação de contas perante o Estado e a sociedade, tem o fim de demonstrar se a aplicação dos recursos públicos teve resultados satisfatórios e se utilizou meios legais da aplicação.⁷

Existe, portanto, uma função constitucional fiscalizatória do Estado sobre a Administração Pública, esta função é constitucional e está expressa no artigo 70 da Carta Magna, que diz:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

⁶ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói: Impetus, 2007, p. 9-10.

⁷ Ibidem, p. 6-8.

Nas palavras de Edgar Guimarães:

Para que a submissão à ordem jurídica torne-se efetiva, o sistema constitucional estabelece diferentes mecanismos de controle, objetivando a fiscalização da legitimidade dos atos e, em certa medida, o seu mérito. Ditos mecanismos de controle atuam em defesa da própria Administração Pública e, principalmente, do cidadão.⁸

A discussão sobre a efetividade e eficácia das decisões dos Tribunais de Contas é justificável pela própria situação que ele se encontra na organização do Estado. Não é subordinado a nenhum dos três poderes e nem a eles faz parte, com o propósito de manter permanentemente um sistema autônomo de vigilância do patrimônio público com eficácia sobre as ações de qualquer pessoa que seja responsável pela aplicação ou guarda da atividade administrativa.⁹

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 71, atribuiu a competência sobre controle externo ao TCU, afirma que:

O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda extraviou ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário [...]

Não só a Constituição, como também diversas leis específicas e o próprio Congresso Nacional regulamentam as competências da Corte de Contas, ampliando, assim, o

⁸ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 26.

⁹ ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio. **Licitações e Contratos Administrativos – Uma visão à luz dos Tribunais de Contas**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 39-42.

âmbito de atuação, e até mesmo aferindo maior força e credibilidade às decisões proferidas por aquela Corte.

1.2 Funções dos Tribunais de Contas e sua natureza jurídica

As funções do Estado tradicionalmente conhecidas são: legislativa, judiciária e executiva, no entanto, muito é discutido a respeito de qual dessas funções os Tribunais de Contas englobam e qual o papel que deve ser executado por estes órgãos.

Analisando o Poder Legislativo, que tem função precípua de produzir novas leis, é evidente, devido ao molde constitucional, que não cabe tal função aos Tribunais de Contas.¹⁰

A organização estrutural dos Tribunais de Contas, segundo a Constituição, é extremamente semelhante à do Poder Judiciário, porém, não há qualquer dependência hierárquica ou funcional com este ou com outro poder.¹¹

A disciplina legal do Tribunal de Contas encontra-se presente nos artigos 70 a 75, da Constituição Federal de 1988, no inciso II, do artigo 71, está prevista a função de julgamento, de tal órgão. Nessa função, inclui-se a competência para julgar as contas do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos próprios Tribunais de Contas. A Constituição Federal de 1988 definiu, primordialmente, as funções a serem exercidas pelos Tribunais de Contas (TCs), e uma dessas funções é a fiscalizatória que constitui, dentre outras, as atividades de realizar auditorias e acompanhamentos relacionados com a atividade de controle dos órgãos da Administração Pública; os TCs também devem fiscalizar a

¹⁰ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 153-154.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 750.

execução de atos e contratos administrativos e a aplicação de qualquer recurso da União repassado aos estados, municípios e ao Distrito Federal.¹²

Não cabe ao Tribunal de Contas investigar o mérito dos atos administrativos, e sim avaliar as conveniências e escolher a melhor solução para cada caso, atividade esta discricionária que não se sujeita à revisão por nenhum poder. Cabe aos órgãos fiscalizatórios verificar se ocorreu desvio de finalidade, abuso de poder, ou se a decisão adotada não era a mais adequada.¹³

A Súmula 222 do TCU exprime que:

As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹⁴

Os órgãos, por meio de seus agentes, ficam responsáveis por comprovar a legalidade e regularidade das despesas. Qualquer licitante contratado, sendo pessoa física ou jurídica, conforme dispõe o § 1º do artigo 113 da Lei 8.666/93, pode representar à Corte de Contas a respeito da transgressão.¹⁵

¹² CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói: Impetus, 2007, p. 46.

¹³ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 751-753.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. SÚMULA 222. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em 27 maio 2009.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas: orientações básicas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p. 371.

A partir do exposto anteriormente, a natureza jurídica do Tribunal de Contas pertence ao Poder Legislativo e é definida como a instância administrativa, autônoma, de foro constitucional.¹⁶

A seguir, em relação à aplicação do erário público, será estudado um dos vários procedimentos da Administração Pública sujeito à fiscalização do Tribunal de Contas, qual seja, a contratação pela Administração por meio de licitações públicas.

1.3 Licitações Públicas e seus princípios

Concorrência era a expressão utilizada em 1960 para caracterizar a competição iniciada pela Administração Pública em busca da melhor oferta para contratar. Hoje a expressão é utilizada para representar uma das modalidades de licitação.¹⁷

Até 1967 não havia disciplina legal a respeito do procedimento licitatório, a normativa até então existente era o Código de Contabilidade da União, mas em fevereiro daquele ano foi editado o Decreto-Lei nº. 200 que instaurou a reforma administrativa federal e deu início à legislação das licitações. Já em 1968, a Lei nº. 5.456 aumentou as disposições do Decreto-Lei nº. 200 estendendo este aos Estados e alguns Municípios e também limitando os valores para cada modalidade licitatória. Foi com a Emenda Constitucional nº 1, em 1969, que o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967 recebeu *status* constitucional como norma nacional devido à competência instituída para a União de estabelecer normas gerais de direito financeiro, de orçamento, de despesas, de gestão patrimonial e financeira de natureza pública. O Decreto-Lei nº. 2.300 veio, em 1986 substituir o Decreto-Lei nº 200, de 25 de

¹⁶ SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A força das decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 37.

¹⁷ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das Licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 36-37.

fevereiro de 1967, na parte que tratava sobre licitações e vigorou até 1993 quando foi editada a Lei nº. 8.666/93 que vigora até hoje.¹⁸

Com o objetivo de alcançar o interesse público, a Administração Pública precisa utilizar serviços e bens de terceiros, por esta razão necessita firmar contratos para a realização daquilo que será objeto da contratação. Não é possível, no entanto, que fique ao critério do administrador a escolha de quem vai ser contratado, pois essa liberdade possibilitaria a ocorrência de escolhas prejudiciais à Administração. Por esse motivo, a licitação é utilizada como meio de contornar tais situações de risco. Por ser um procedimento anterior à firmação do contrato, permite, em função do princípio constitucional da isonomia, que várias pessoas ofereçam propostas, e a Administração, ao final do procedimento escolherá a proposta mais vantajosa para a Administração.¹⁹

Por ser um processo utilizado para selecionar a proposta mais vantajosa, devem ser obedecidos pela Administração, os princípios constitucionais da licitação dispostos no artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, quer na contratação de serviços, obras, aquisições e alienações de bens, segundo critérios estabelecidos no ato convocatório.²⁰

Joel de Menezes Niebuhr aduz:

A missão da Administração Pública consiste em gerenciar o interesse público. Portanto, tudo o que ela faz deve estar voltado à consecução do interesse público, que assume *status* de ponto nodal do regime jurídico que lhe é peculiar, deduzindo-se dele os mais importantes princípios administrativos. Trata-se de pressuposto indeclinável da abordagem das

¹⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4-5.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209.

²⁰ DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Licitações e Contratos: Manual do Empresário**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 193.

questões jurídicas que envolvem a matéria, servindo como liame lógico que confere a ela autonomia em relação às demais, unidade e coerência.²¹

Licitação é procedimento administrativo que possibilita às empresas interessadas apresentarem suas propostas para contratação de bens e serviços pela Administração Pública, mediante condições previamente estabelecidas no instrumento convocatório, qual seja edital ou convite.²²

É de competência privativa da União, conforme previsto no inciso XXVII do Art. 22, da Constituição Federal de 1988, legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades. Além dessa norma, há também expresso no inciso XXI do artigo 37 da Constituição de 1988, o princípio da obrigatoriedade de licitação, que diz: “[...] as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. Outras questões atinentes ao tema também constam no texto da Carta da República, são os princípios da moralidade e da publicidade, o controle externo das atividades administrativas daqueles responsáveis pela gestão de dinheiro público e por fim, aspectos da licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista.²³

As contratações de bens e serviços pelo Estado são regidas pela Lei nº. 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), porém, em diversos pontos a lei é omissa, não alcançando todas as possíveis situações e, em outras passagens se limita a declarar preceitos concretizados na própria Constituição Federal, não sendo assim, suficiente para responder a todas as indagações que surgem sobre a matéria. A resolução desse quadro

²¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 11.

²² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas: orientações básicas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006, p.16.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 210-211.

se dá com a aplicação da Constituição, pois esta é hierarquicamente superior à Lei 8.666/93, não gerando, assim, dúvidas quanto à aplicação de uma ou outra quando em conflito. Em alguns dos temas em que a lei própria for silente ou omissa, outros ramos do Direito são competentes para legislar as questões relacionadas com o processo licitatório.²⁴

A Lei nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, integra os normativos a respeito de licitações e incluiu o pregão, o pregão presencial e o eletrônico, como modalidade de licitação, sendo assim, mais uma regulamentação do processo e, portanto, auxilia nas questões em que a Lei nº. 8.666/93 for silente ou omissa. Destina-se à contratação de bens ou de serviços comuns, cujo julgamento das propostas antecede a fase de habilitação, admitindo que os licitantes renovem as suas propostas iniciais.

O procedimento da modalidade pregão distingue-se dos demais procedimentos das outras modalidades de licitação, apresentando vantagens flagrantes, tais como: 1) independe do valor estimado do contrato; 2) agilidade com que a Administração consegue ultimar as licitações; 3) economicidade, haja vista que a Administração consegue obter sensível redução de preços e, 4) minimiza a possibilidade de litígios.

Ao firmar contratos, por meio de licitações públicas, a Administração Pública possui poderes que a colocam em situação de superioridade em relação aos terceiros, porém não pode agir de forma discricionária em todas suas decisões, visto que existem limitações para gerenciar de forma correta e lícita o interesse público. Quem exerce função administrativa está atrelado ao interesse público, sendo proibido utilizar o mecanismo estatal para validar percepções de cunho subjetivo, o agente atua estritamente em favor da

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 11-13.

impessoalidade, pois os interesses que ele gerencia são pertencentes à coletividade. Dessa forma, o Poder Legislativo, com o intuito de resguardar interesses públicos, percebeu a necessidade de prescrever regras rígidas para que fossem firmados tais contratos.²⁵

Existe obrigatoriedade na utilização do procedimento administrativo de licitação pública, porém existem ressalvas na lei que prevêem a possibilidade de dispensa ou inexigibilidade da licitação.

A análise da matéria de licitações é trabalhosa, e a par desta preocupação normativa, é obrigatório, portanto, destacar a extrema relevância que os princípios jurídicos, quer globais, quer específicos, constitucionais ou infraconstitucionais, exercem sobre as licitações.²⁶

Os princípios têm o intuito de regar e delimitar o poder de atuação dos agentes públicos e é nesse sentido que os princípios do artigo 3º da Lei 8.666/93 estão elencados.

Diz o artigo 3º da Lei 8.666/93:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.²⁷

Sobre os princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que são:

²⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 24-27.

²⁶ PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 273.

²⁷ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 maio 2009.

O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.²⁸

Com relação aos princípios supracitados, é importante analisá-los individualmente para ter conhecimento do que é ou não legal em matéria de licitações, ou seja, como os agentes públicos e os contratados devem agir.

1.3.1 Princípio da legalidade

Princípio da legalidade: na administração dos bens públicos, o agente público é responsável pela eficiência dos seus atos, não importando a simples intenção do ato, e sim o resultado obtido com sua ação ou omissão. Resultado esse que deve sempre visar o interesse da sociedade, não importando o interesse próprio nem o interesse de particulares.²⁹

A lei define as condições de atuação dos administradores, limitando suas ações, mas cumulativamente fornece poder discricionário para tantos outros atos dentro do próprio procedimento licitatório.

Alega Edgar Guimarães:

Os princípios funcionam como uma linha vetora direcional do trabalho hermenêutico. Vale destacar que nenhuma ação administrativa poderá

²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 882-883.

²⁹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração**. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 20-22.

ser sustentada quando em conflito com qualquer dos princípios norteadores da Administração Pública.³⁰

1.3.2 Princípio da impessoalidade

Princípio da impessoalidade: é princípio constitucional e está posto no artigo 5º, *caput*, onde consta que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse princípio baseia toda a atividade do agente público no interesse objetivo de contratar, seus atos obrigatoriamente deverão ter como finalidade o interesse público, em nenhuma hipótese pode privilegiar sua vontade ou a de particular em detrimento do que é melhor para a Administração Pública. É um princípio que emana da isonomia, exclui o subjetivismo do administrador e veda a promoção pessoal de agentes ou autoridades.³¹

O objetivo deste princípio é a igualdade no tratamento àqueles que se encontram em igual situação jurídica. Para que haja verdadeira impessoalidade, a Administração deve única e exclusivamente atender ao interesse público.

A Administração deve tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. Este princípio revela em um momento conseqüências ao princípio da igualdade e em outro ao princípio da finalidade.³²

Para Carlos Pinto Coelho Motta:

³⁰ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 46-47.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações**. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 52-53.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17-18.

O princípio da impessoalidade evita qualquer concessão de privilégio e inspira todas as diretrizes que assegurem condições justas de competição. A indisponibilidade do bem público, sua acessibilidade aos cidadãos, em igual medida, são as premissas da impessoalidade [...]³³

1.3.3 Princípio da moralidade

Princípio da moralidade: não há conteúdo específico para conceituar esse princípio, a intenção dele é guiar toda a atividade licitatória de honestidade e seriedade. Não é uma conduta a ser feita somente pelo agente administrativo, mas também por todos os licitantes, objetivando sempre uma competitividade justa. A ação contrária a esse princípio, durante o processo licitatório ou inclusive durante a execução do contrato, gera nulidade do certame e punição aos responsáveis.³⁴

O administrador público quando em ação, deve estar sempre atento aos critérios de conveniência, oportunidade e justiça. Princípio constante no artigo 37 da Constituição tem como finalidade almejada pelo legislador inibir a imoralidade no âmbito da Administração, seja entre esta e os administrados, como também internamente, entre os agentes públicos e a Administração. As consequências da infração a esse princípio são várias, entre elas prejuízos ao erário.³⁵

1.3.4 Princípio da igualdade

Princípio da igualdade/isonomia: aplicável a todo ordenamento jurídico, ou seja, todos têm direito de receber o mesmo tratamento, se iguais forem, pela Administração Pública. Esta é característica do Estado Democrático de Direito. Porém, há que se fazer uma

³³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9 ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 103.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações**. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 53.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18-20.

ressalva, a Administração pode e deve determinar requisitos mínimos, critérios de desempate, condições diferenciais, para ser realizada uma contratação, uma licitação, por exemplo. O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.³⁶

É fundamental nas licitações a observância a esse princípio, pois oferece aos licitantes a igual possibilidade de vencer o certame. Citado na Lei 8.666/93, duas vezes, como finalidade da licitação e como princípio básico, demonstra assim sua verdadeira relevância. Também está previsto na Constituição de 1988, inciso XXI do artigo 37, que afirma que deverá ser assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes no processo de licitação.³⁷

1.3.5 Princípio da publicidade

Princípio da publicidade: é próprio do Estado Democrático. Impõe a ampla divulgação dos atos administrativos, permitindo que o controle interno e externo da gestão administrativa sejam exercidos. Nem sempre é exigida sua aplicação, porém quando não aplicado é necessária a devida justificação. Visa garantir a todos os interessados a opção de participar do certame e possibilidade de fiscalizar os atos dele decorrentes. A hipótese de afastar esse princípio é permitida quando a necessidade for superveniente, por exemplo, quando a licitação tratar de questões sigilosas, e quando publicidade dos atos processuais

³⁶ BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **Manual de Licitações Públicas: Uma abordagem prática e sem mistérios**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 11. 2 –

³⁷ MUKAI, Toshio. **Curso avançado de licitações e contratos públicos**. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 8.

restringirem a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. (Constituição, Art. 5º, inciso LX).³⁸

1.3.6 Princípio da probidade administrativa

Princípio da probidade administrativa: probidade significa boa qualidade, refere-se à boa qualidade do serviço prestado pelo administrador. Esse princípio complementa o da moralidade, que se preocupa com a procedência dos atos humanos, a justiça e a equidade. Já a probidade está relacionada com a integridade, caráter, honestidade, aliando sempre o lado subjetivo pessoal com o material, ou seja, refere-se ao indivíduo e ao resultado concreto de suas ações.³⁹

1.3.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Princípio da vinculação ao instrumento convocatório: a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada. Esse princípio corresponde a uma fase específica do procedimento licitatório, quando é definido o objeto da licitação, e conseqüente restrição aos concorrentes e delimitação de propostas a serem apreciadas, momento esse que a Administração Pública faz juízos de conveniência e oportunidade sobre o objeto a ser contratado. A identificação posterior à publicação de possíveis erros gera a invalidação daquele certame e início de novo procedimento licitatório. É uma obrigação para a Administração seguir o instrumento convocatório do certame.⁴⁰

1.3.8 Princípio do julgamento objetivo

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed., São Paulo: Dialética, 2005, p. 54

³⁹ BERLOFFA, *op. cit.*, p. 15-16.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 47-48.

Princípio do julgamento objetivo: significa buscar razões objetivas, ou seja, sem privilégios pessoais para a sustentação da decisão. Impossibilita a ocorrência de escolhas pessoais por parte dos julgadores integrantes das comissões de licitações, ocorrendo, assim, uma escolha objetiva, fundamentada em critérios concretos e precisos.⁴¹

É esperado que o agente administrativo, no exercício de suas funções, atue estritamente de acordo com a lei e com base nos princípios citados, que visam assegurar à Administração Pública a melhor escolha, com a maior segurança possível, quando almejar contratar bens ou serviços de terceiros.

É certo que o Tribunal de Contas da União, como Corte de controle externo dos atos administrativos, profere suas decisões com base nos princípios estudados e objetivando a melhor finalidade para a Administração Pública.

Com objetivo de apurar indícios de irregularidades na homologação de licitação e na celebração de contrato que sugeriram afronta aos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade e moralidade em contas públicas, previstos na Constituição, e no intuito de demonstrar o que foi explanado até então, o TCU, em procedimento de tomada de contas especial, conforme Acórdão de nº 710/2008, afirmou que os princípios devem ser seguidos não só pelos administradores públicos, mas também por qualquer um que se relacione com a Administração Pública. Disse ainda que mesmo que esteja em consonância com a lei, mas que ofenda a moral, os bons costumes, as regras da administração, princípios da justiça e da equidade, haverá nestes casos ofensa aos princípios citados. No supracitado Acórdão, o TCU afirma sobre que todo aquele responsável por recursos públicos tem a obrigação de prestar contas. Ao final, considerou as contas irregulares e condenou os

⁴¹ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 54.

responsáveis ao pagamento de multa e cobrança judicial, sem prejuízo de possíveis sanções cíveis e penais.⁴²

É com esse intuito que a Lei 8.666/93, que regulamenta todo o procedimento administrativo, prevê nas hipóteses de ocorrência de condutas ilegais, penalidades, sejam aos agentes administrativos ou aos licitantes.

A lei vigente, nos artigos 89 a 99, destina um capítulo especial para tipificar crimes e atribuir sanções penais.⁴³

A seguir será analisado o crime de fraude em licitações públicas para posteriormente ser estudado o controle feito pelo TCU quando há ocorrência dessas

⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. **Acórdão 710/2008**. Relator Min. Augusto Sherman Cavalcanti. Sessão 25.03.08. Disponível em: www.tcu.gov.br Acesso em: 20 maio 2009.

⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260-261.

2 O CRIME DE FRAUDE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Natureza jurídica

Como estudado anteriormente, a licitação é o procedimento que objetiva assegurar a aplicação do princípio da isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. É ato formal, rígido e que deve respeitar as normas e os princípios inerentes a todo o processo licitatório.⁴⁴

No Código Penal de 1940 existiam três dispositivos que protegiam o procedimento licitatório, o artigo 326 (“violação do sigilo da proposta de concorrência”), o artigo 335 (“impedimento, perturbação ou fraude de concorrência”) e o artigo 336 (“inutilização de edital ou de sinal”).⁴⁵

O procedimento licitatório pode dar margem a várias condutas ilegais por parte dos agentes administrativos e também por parte dos licitantes, a lei que vigora separou parte especial para tratar dos crimes e das penas que podem ocorrer nas licitações. Vale ressaltar que os tipos sancionáveis são apenas os dolosos.⁴⁶

Quando violada a lei e os princípios nela citados, o agente público se enquadra em um dos tipos penais que estão consignados nos artigos 89 a 98 da Lei 8.666/93.

Em relação a omissão e comissão das ações criminosas, na Lei de Licitações podemos encontrar ambas. Pela ação de comissão, exige do autor um comportamento positivo, exemplo quando é impedida a inscrição de alguém no registro cadastral para fins de

⁴⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 6.

⁴⁵ Ibidem, p. 6-7.

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260.

licitação (art.98). Na conduta omissiva, não há conduta do autor, porém esta era exigida pela lei e por isso se consuma o crime, exemplo consta no artigo 89, quando o autor estava obrigado a exigir a licitação, porém não o faz.⁴⁷

Pelo descumprimento das normas não-penais da Lei de Licitações, sem prejuízo da nulidade do ato, o servidor público pode também, ser responsabilizado civil e administrativamente, como previsto no artigo 82 da lei, e, se estranho ao funcionalismo, pode ser responsabilizado civilmente.⁴⁸

Quando ocorre violação dolosa ou culposa, o infrator tem obrigação de reparar o efetivo dano causado ao prejudicado, seja ele pessoa física ou jurídica, esta privada, pública ou governamental. Essa reparação caracteriza a responsabilidade civil do agente infrator. Esta pode ser culposa, quando a ação ou omissão seja por imprudência, negligência ou imperícia ou dolosa se o autor assume o risco de produzir o resultado. A responsabilidade é então subjetiva, pois só cabe se o autor agiu com dolo ou culpa e se causou dano patrimonial. O autor aqui pode tanto ser um agente administrativo, como um particular.⁴⁹

A diferença de responsabilidade civil e responsabilidade administrativa é que nesta o agente necessariamente é servidor público, descumpre norma interna da Administração e não necessita ocorrência do dano patrimonial. Ressalte-se que para a Lei 8666/93, servidor público é aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público (art.84).⁵⁰

⁴⁷ GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2004, p. 15.

⁴⁸ Ibidem, p. 23-24.

⁴⁹ Ibidem, p. 32-33.

⁵⁰ Ibidem, p. 24-25.

A prática dos crimes no processo licitatório tanto pode ser uma pessoa física qualquer como um servidor (art. 93 – impedir a realização de ato do procedimento licitatório), outras vezes só pode ser uma pessoa física qualquer, como no artigo 96, III, fraude contra a Fazenda Pública, entrega de uma mercadoria por outra, por exemplo.⁵¹

Também pela lei de licitações, assim como o Código Penal, foram previstas normas que excluem a antijuridicidade da ação por permitir a prática de um fato típico criminal. Chamada também de exclusão de criminalidade, exclusão da ilicitude, causas justificativas, causas eximentes ou descriminantes.⁵²

Exemplo dessa previsão na Lei 8.666/93 está na possibilidade de se quebrar a estrita ordem cronológica das datas de exigibilidade dos pagamentos, quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante justificativa prévia da autoridade competente (art. 5º). Outra hipótese está arrolada no artigo 17, I e II, da alienação de bens móveis e imóveis da Administração Pública que tomada esta expressão nos termos do inc. XI do art. 6º são as chamadas dispensas de licitação, rol taxativo, que permite modificação somente por lei federal.⁵³

Ainda em relação às causas excludentes de criminalidade, o artigo 24 prevê as contratações sem licitação, enquadrados os fatos em uma das possibilidades elencadas, o autor não incorre em nenhum crime, podendo contratar o negócio de interesse da Administração sem que o contratado seja escolhido mediante prévio procedimento licitatório (rol também taxativo). Também no artigo 25 são previstas as condutas referidas acima, aqui, libera-se a Administração da realização de prévio processo de licitação à celebração dos contratos de seu

⁵¹ Ibidem, p. 26-27.

⁵² Ibidem, p. 34.

⁵³ Ibidem, p. 35.

interesse. Em seus três incisos, estão alguns exemplos de inexigibilidade de licitação. A avaliação pelo cabimento ou não ao fato concreto varia do intérprete. O servidor público pode entender como cabível a inexigibilidade e o representante do MP e/ou auditor do Tribunal de Contas pode achar indispensável a licitação.⁵⁴

Feita uma análise da Lei de Licitações e Contratos Administrativos e nos crimes decorrentes da inobservância dessa lei, será estudado especificamente o crime de fraude nos procedimentos licitatórios para que, posteriormente seja dimensionado o controle feito pelos Tribunais de Contas.

Diz o artigo 90 da Lei 8.666/93:

Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem da adjudicação do objeto da licitação.⁵⁵

De acordo com a teoria da fraude que afirma que são três as situações geradoras de tal prática, todas com a possibilidade de ocorrência de dentro para fora do sistema como de fora para dentro, a primeira delas decorre do sistema, pois este apresenta fragilidade ou até mesmo inexistência de controle nas atividades; a segunda situação ocorre em sistemas que possuem controle, porém frágil, permitindo assim que agentes tanto internos como externos pratiquem ações lesivas; por último, há a hipótese de envolvimento do agente com o sistema, existe o controle, mas os próprios agentes internos são contaminados por interesses de terceiros. O que é de fácil percepção é que qualquer sistema está sujeito à fraude,

⁵⁴ Ibidem, p. 34-36.

⁵⁵ BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 maio 2009.

uma boa ferramenta para combate a essas práticas se dá com o acompanhamento, fiscalização e avaliação periódica dos sistemas de gestão de cada organização.⁵⁶

Condutas como utilizar ou aceitar documentos falsos na habilitação do certame, licitação preparada para que determinada empresa ganhe, chamada de licitação dirigida, dispensa de licitação indevida, fracionamento de licitação e compra, em favorecimento de pessoas ou empresas, exigências no edital em grau maior ou menor do que o necessário, violação de propostas, caracterizam fraudes no procedimento de compras.⁵⁷

As fraudes envolvendo agentes públicos também se caracterizam após a ocorrência da licitação, já na execução do serviço ou entrega do bem, quando o próprio agente dispensa o recebimento do bem ou as características do bem ou serviço não correspondem com as exigidas no edital.⁵⁸

A consumação do crime ocorre pelo simples fato de ter sido afastado o caráter competitivo do certame, não importa se o agente obteve a vantagem desejada. Se alcançada, há o exaurimento do crime, importando no momento de aplicação da pena.⁵⁹

Fraudar diz respeito ao afastamento do caráter competitivo do procedimento da licitação. O cometimento deste crime fere diretamente os princípios citados anteriormente, posto que o procedimento administrativo de licitação existe simplesmente para que a aquisição buscada pela Administração seja feita de maneira imparcial, quer dizer todos os interessados devem ter a opção de participar.

⁵⁶ SOARES, Inaldo de Vasconcelos. **Fraudes nas Gestões Públicas e Privadas**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 77-78.

⁵⁷ Ibidem, p. 114-118.

⁵⁸ Ibidem, p. 119-120.

⁵⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 234-235.

2.2 Tipificação

Nas palavras de Inaldo de Vasconcelos Soares fraude “É o acontecimento ilícito proveniente de ato(s) de agente: funcionário, particular, operadores de direito, terceiro, etc., visando obter vantagens pouco regulares e ilegais”.⁶⁰

Em âmbito administrativo, especificamente no procedimento de licitações, fraudar quer dizer iludir, enganar, burlar o caráter competitivo do certame. A prática exige uma ação. É conduta comissiva. Exemplo é a publicação de edital em veículo inadequado para o atingimento dos eventuais interessados.⁶¹

A referência aqui não é a licitação em si, e sim os princípios que regem tal procedimento, principalmente o da igualdade e da competitividade. O crime aqui é de dano, é indispensável que o ato praticado frustre ou venha a fraudar o caráter competitivo. O prejuízo econômico não faz parte do tipo descrito no artigo 90 da Lei n. 8.666/93, basta, portanto, que esteja comprovada a exclusão de algum candidato ou a combinação do resultado anterior ao certame, se foi constatada vantagem esta será elemento subjetivo e deverá ser analisada. Uma das hipóteses de fraude está prevista no art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93 que diz que incluir cláusulas cujas disposições não são justificáveis devido ao objeto da licitação, significa restrição ao caráter competitivo.⁶²

É sempre difícil analisar questões penais quando se tem como ponto de partida atos ou fatos provenientes de outros ramos do direito, mas é importante a conjugação dos diversos ramos do direito para assegurar que o sancionamento penal não se desvincule do

⁶⁰ SOARES, Inaldo de Vasconcelos. **Fraudes nas Gestões Públicas e Privadas**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 79.

⁶¹ GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2004, p. 102.

⁶² GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15-16.

referencial que é punir condutas que sejam extremamente reprováveis. A lei de licitações não deve se relacionar apenas com dados materiais, fenômenos externos, padrões objetivos de conduta.⁶³

Possíveis situações de fraudes em licitações: apresentação de documentos falsos na habilitação do certame; declarações falsas de certidões; cartéis; licitação dirigida; superfaturamento de preços; dispensa de licitação indevida; fracionamento de licitação e compra, em favorecimento de pessoas ou empresas; casos configurados ilicitamente como sendo emergenciais; exigências no edital em grau maior ou menor do que o necessário; violação de propostas; apropriação indébita no sistema de compra.⁶⁴

Vicente Greco Filho revela que a ação física na prática do crime de fraude consiste em:

[...] fazer ajuste, combinação ou utilizar-se de qualquer outro expediente que frustre a competitividade do procedimento. Ajuste e combinação envolvem pelo menos duas pessoas, dois concorrentes ou um concorrente e o administrador responsável pelo certame. Quanto a outro expediente, pode ser unilateral.⁶⁵

Em outra passagem o autor acrescenta:

[...] o tipo é misto alternativo, diferentemente do tipo do Código Penal que englobava o presente, porque a conduta diferenciada de afastar o concorrente, prevista no mesmo artigo na legislação anterior, foi descrita como outro tipo penal.⁶⁶

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 626.

⁶⁴ SOARES, Inaldo de Vasconcelos. **Fraudes nas Gestões Públicas e Privadas**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 116-120.

⁶⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Dos Crimes da Lei de Licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 17.

Marçal Justen Filho defende que:

A Lei refere-se expressamente ao ajuste ou combinação. Normalmente, essa hipótese concretiza-se quando diversos licitantes arranjam acordo para determinar a vitória de um deles. Porém, são criminalmente reprováveis também acordos “parciais”, nos quais licitantes estabeleçam condições “paralelas” às previstas no ato convocatório. Não é necessário que haja frustração ou fraude da eficácia total da licitação. É suficiente que alguns dos aspectos do certame sejam atingidos.⁶⁷

Exemplificando a questão, o Tribunal de Contas da União no TC – 006.069/02-8, Ministro Relator Lincoln Magalhães da Rocha – recebeu denúncia de possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Baía Formosa – RN em conluio com empresas licitantes. Foi constatada a transgressão de princípios básicos da licitação bem como de dispositivos da Lei 8.666/93. O denunciante afirmou que as empresas participantes venderam “notas fiscais frias” à prefeitura, totalizando valor maior que o real e os recursos utilizados para pagamento destes produtos eram provenientes de merenda escolar e projetos federais. Foi constatado que duas das empresas participantes do Convite nº 11 de 06/04/2001 eram do mesmo proprietário, caracterizando fraude e conluio no procedimento. Se a Administração Municipal convida duas empresas de um mesmo dono, restringe o caráter competitivo. No Convite nº 13 de 17/05/2001 verificou-se que o endereço de uma das empresas participantes era na verdade a residência, evidenciando portanto que era apenas uma “fachada” para composição de licitação. Em Convite de nº 20 de 06/08/2001, verificou-se que as notas fiscais enviadas pela empresa eram inidôneas. Diante desses resultados, constatou-se a ocorrência de fraude nos Convites nº 11, 13 e 20/2001, que infringiram os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e probidade administrativa estabelecidos no art. 3º da Lei 8.666/93. Foi decidido ao final que houve um ato intencional visando fraudar o processo

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 630.

licitatório, usou artifício ilegal que é punível com detenção e multa de acordo com o art. 90 da Lei 8.666/93.⁶⁸

Verificada a fraude em licitação, o Tribunal de Contas tem competência decorrente do Regimento Interno para declarar inidônea a empresa licitante fraudadora.

Art. 271. Verificada a ocorrência de fraude comprovada na licitação, o Plenário declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na administração pública federal, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443, de 1992.⁶⁹

A análise deste dispositivo gera a conclusão de que para aplicação da sanção é necessário que o licitante tenha fraudado o procedimento licitatório, seja isoladamente ou em conluio com outros.⁷⁰

A fraude pode ocorrer de diversas maneiras, como adulteração ou falsificação de documentos ou a combinação prévia de propostas, mas é obrigatório que a fraude tenha efetivamente ocorrido e ser comprovada, portanto a tentativa de fraude não é sancionável. A sanção prevista no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União difere daquela prevista na lei de licitações, nesta a aplicação da penalidade é competência exclusiva do ministro de Estado e do secretário estadual ou municipal. De acordo com o artigo 271 do Regimento Interno do TCU, a abrangência da pena é toda Administração Pública Federal, já pela lei de

⁶⁸ Fraude em Licitações – Prefeitura em conluio com licitantes. Desconsideração da personalidade jurídica das empresas. BDM – Boletim de Direito Municipal, São Paulo, v. 20, p. 615 – 626, ago 04.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno**. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 10 junho 2009.

⁷⁰ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. Niterói: Impetus, 2007, p. 304.

licitações a pena alcança toda a Administração Pública (União, Estados e Municípios), por último a diferença é o prazo, pelo TCU até 5 anos, pela lei até 2 anos.⁷¹

A Corte de Contas no Acórdão de nº 516/2005 – Primeira Câmara decorrente de Tomada de Contas Especial apurou fraude em procedimento licitatório e aplicou sanção aos responsáveis. A irregularidade foi constatada pelo TCU em auditoria realizada abrangendo atos de gestão de recursos federais. Foi realizada licitação visando aquisição de equipamentos para escolas, só participou uma única empresa que apresentou duas propostas com preços diferentes para os mesmos itens, sendo que a Comissão de Licitação registrou apenas a proposta de maior valor. O relator Marcos Vinícios Vilaça defendeu a tese de que não restaram dúvidas da ocorrência de irregularidades na licitação e que tais práticas geraram prejuízos aos cofres públicos. Afirmou, ainda, que com as apurações feitas é plenamente possível a responsabilização dos agentes públicos, devido à natureza dolosa de seus atos, bem como a empresa licitante. O ministro relator optou pela pena de multa aos responsáveis. Ao final os Ministros do TCU julgaram irregulares as contas e responsabilizaram os responsáveis e sancionaram as condutas ilegais com multa.⁷²

É entendimento pacífico da Corte de Contas que condutas que visem fraudar o procedimento licitatório devem ser apuradas e devidamente penalizadas, demonstrando assim que há ao menos uma tentativa do Tribunal de Contas da União em aplicar a lei vigente.

⁷¹ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle Externo da Gestão Pública**. Niterói: Impetus, 2007, p. 305-306.

⁷² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. Relator Min. Marcos Vinícios Vilaça. Sessão 29.03.2005. Disponível em: www.tcu.gov.br Acesso em: 18 jun 2009.

3 CONTROLE EXTERNO DOS ATOS DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS E DE TERCEIROS PARTICIPANTES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

3.1 Competência do Tribunal de Contas da União no exercício do controle externo

Como demonstrado, o Tribunal de Contas da União realiza o controle externo e quando verifica irregularidades nas contas públicas as apura imediatamente e se constatada a ocorrência de ilegalidade os responsáveis são devidamente penalizados. Mas até onde vai a competência do Tribunal de Contas da União para exercer o controle externo das contas públicas? Os agentes administrativos responsáveis pela preparação e execução do procedimento licitatório podem receber quais tipos de sanções em decorrência de crimes praticados em desacordo com a lei de licitações? Os terceiros participantes de licitações também são controlados e penalizados pelo TCU? Qual o limite das sanções que o TCU pode aferir aos responsáveis?

O controle externo é aquele desempenhado por órgão diverso daquele em que é feito controle e o exercício deste controle visa garantir a plena eficácia das ações de gestão governamental. O controle externo no sentido estrito é feito pelo Poder Legislativo.⁷³

⁷³ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 32.

O controle como eficácia dos sistemas, não é só garantidor da conformidade dos atos com as normas estabelecidas, mas, principalmente é garantidor do alcance de metas essenciais para a própria sobrevivência das organizações.⁷⁴

O controle externo é um procedimento que atuando conjuntamente com o controle interno (aquele em que o próprio órgão controla seus atos), possibilita valorar as decisões da Administração Pública em busca do fim maior, qual seja o interesse público a ser atingido da melhor forma, que caracteriza-se pela maximização dos recursos públicos.⁷⁵

Autorizado pela Constituição de 1988, o controle externo pelo TCU é feito de forma auxiliar a toda atividade de controle exercida pelo Legislativo. O parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal de 1988, afirma que:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

A expressão “auxílio” constante do texto constitucional no que se refere à atividade de controle externo realizada pelo TCU junto ao Legislativo enseja uma interpretação equivocada, pois não é a Corte de Contas órgão auxiliar, visto que foi criada especificamente para fiscalizar e a maioria das competências conferidas ao Tribunal não possuem caráter de auxílio.⁷⁶

⁷⁴ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da administração pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 4-5.

⁷⁵ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 73.

⁷⁶ GUERRA, op. cit., p. 32.

Além da previsão de competências pela Carta Magna, outras leis vêm ampliando e regulamentando a competência do Tribunal de Contas da União, entre elas estão a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993); a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000); edições anuais da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária, da Lei de Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/2004); e a Lei de Contratação de Consórcios Públicos (Lei nº 11.107/2005).

O artigo 75 da Constituição Federal prevê que os tribunais de contas estaduais e municipais também auxiliam na atividade de controle externo realizada pelo TCU.⁷⁷

O TCU tem jurisdição própria e privativa em todo o território nacional, a qual abrange, entre outros, aqueles elencados no parágrafo único do artigo 70 da Constituição e também os responsáveis pela aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio ou instrumento da mesma natureza.⁷⁸

Como consta no Relatório de Atividades do 2º Trimestre de 2009, o TCU autuou 1.629 processos referentes à matéria de controle externo e apreciou de forma conclusiva 2.550, o que caracteriza ao menos uma tentativa de execução da atividade constitucional conferida à Corte de Contas, qual seja o controle externo das contas públicas.

Toda atividade de controle deve ser baseada nos princípios constitucionais do artigo 37 da Constituição de 1988, quais sejam o da legalidade,

⁷⁷ Ibidem, p. 32.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Atividades Anuais: 2º Trimestre de 2009**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2009, p. 12. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 31 agosto 2009.

impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios basilares do Estado Democrático de Direito.⁷⁹

A Constituição de 1988 atribui ao controle externo a possibilidade de efetuar análises e julgamentos com base desde o princípio da legalidade à avaliação operacional de todos os órgãos da Administração Pública federal, o que gera importância relevante ao ato de controle exercido pela Corte de Contas, pois possibilita a este órgão legitimar ou não os atos administrativos.⁸⁰

O controle externo exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União é chamado de controle técnico e abrange a fiscalização contábil, financeira e orçamentária.⁸¹

O controle é simplesmente a comparação de informações coletadas no órgão controlado com modelos construídos que possibilitam a análise e posteriormente a conclusão se aquela instituição atua da forma desejável.⁸²

As competências constitucionais conferidas ao TCU na prática deste controle dividem-se em parajudiciais e fiscalizadoras. As primeiras são quando a Corte de Contas julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e também quando analisa a legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares. As

⁷⁹ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 260.

⁸⁰ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da administração pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, introdução.

⁸¹ ZYMLER, op. cit., p. 264.

⁸² RIBEIRO, op. cit., p. 5.

fiscalizadoras se resumem nas demais competências elencadas no artigo 71 da Constituição Federal.⁸³

Outra modalidade de controle exercida pela Corte de Contas é a análise prévia de instrumentos convocatórios, conforme prevê o artigo 113, §2º da Lei 8.666/93:

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Tal controle se mostra importante em decorrência do fato de que o ato convocatório norteia todo o procedimento, se a Corte proceder desta forma, será possível a correção de eventuais ilegalidades, adoção de medidas corretivas e mais adequadas ao interesse social envolvido, representa economia processual e também evita que a Administração Pública firme contratos prejudiciais ou até mesmo ineficazes.⁸⁴

⁸³ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 268-269.

⁸⁴ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 93-93.

A conclusão cabível diante todo o exposto é que os Tribunais de Contas apesar de não constarem no rol constitucional dos órgãos providos de jurisdição, tem tal condição, pois eles em cada caso concreto fazem a dicção do direito a ser aplicado, não constituindo instância inferior ou primeiro grau do Poder Judiciário. Deixando de lado um critério meramente técnico do que seria função jurisdicional, poderia ser atribuída aos Tribunais de Contas uma função jurisdicional em sentido amplo, haja vista que eles exercem algumas funções típicas daquele Poder, porém em sentido puramente técnico tal atribuição não é competência destes Tribunais, tendo em vista que as decisões proferidas pelas Cortes de Contas não produzem coisa julgada, ou seja, são passíveis de discussão ainda na esfera judiciária.⁸⁵

Diante do que foi explanado restam questionamentos como: Qual seria a importância da existência de uma Corte de Contas, sendo que sua função principal é de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública, porém suas decisões não tem eficácia plena e automática, haja vista que não produzem coisa julgada e são passíveis de discussão no Poder Judiciário?

Francisco Chaves revela que:

Não se trata do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública, que é incidental, eventual e necessariamente provocado, tanto na esfera civil como na criminal e na trabalhista.

O Controle Externo aqui tratado é uma função complexa constituída por algumas atividades de rotina e outras eventuais, que podem ser

⁸⁵ FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de contas: julgamento e execução**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 129-130.

desencadeadas por iniciativa do próprio ente responsável por ela, sem necessidade de provocação.⁸⁶

Resta caracterizada a relevância de existir órgão que tem competência para agir em prol do bem público sem a necessidade de provocação, diferindo com isso do Judiciário que para agir perante qualquer questão, seja ela qual for, necessita que o interessado provoque o exercício da jurisdição.

Independentemente de a função ser jurisdicional ou não, a natureza das decisões proferidas pela Corte de Contas podem ser de cunho declaratório, constitutivo, mandamental ou condenatório, como é o caso também das decisões judiciais.⁸⁷

Em decorrência do objeto da pesquisa ora realizada ser direcionado ao cometimento de fraudes em licitações públicas, bem como o controle feito pelo TCU neste caso específico, basta a análise sobre a natureza jurídica de decisões relacionadas a esses atos, qual seja constitutiva, tendo em vista que implica uma inovação, pois pode passar a existir certa situação que não existia ou pode deixar de existir algo que estava em vigência. Exemplo de decisões desta natureza ocorre nos casos em que a Administração firma contrato com particular, porém o faz sem respeitar os requisitos ou sem atender a todas as exigências do procedimento licitatório.⁸⁸

Em âmbito licitacional, todos os atos do procedimento licitatório são passíveis da atuação do controle externo, independente de formalidades processuais atinentes aos recursos administrativos propriamente ditos ou de interesses diretamente

⁸⁶ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói: Impetus, 2007, p. 9.

⁸⁷ FERNANDES, op. cit., p. 133.

⁸⁸ Ibidem, p. 134-135.

afetados, o que enseja uma possibilidade da atuação até mesmo dos particulares no auxílio ao TCU e ao Poder Legislativo de exercer o controle externo.⁸⁹

O papel do TCU é detectar irregularidades, posteriormente comunicar aos órgãos competentes e instaurar procedimento disciplinar se for o caso ou requerer a reparação do possível prejuízo por quem lhe deu causa, seja agente público ou contratado. Há casos em que o próprio Tribunal possui os elementos para habilitar a apuração e quantificar o dano. A decisão condenatória serve de título executivo judicial para possibilitar a cobrança administrativa ou judicial. As decisões geralmente possibilitam identificar o autor das irregularidades, a causa destas e o dano, tudo para que seja possível a continuação do trabalho de fiscalização.⁹⁰

3.2 Sanções aplicáveis em decorrência da apuração de fraude em licitação

Com intuito de fortalecer os Tribunais de Contas, uma das principais atribuições conferidas a este órgão é a de utilizar instrumentos sancionadores com o fim de alcançar os resultados almejados a médio e longo prazo. Não seria razoável se o próprio órgão responsável pelo controle externo da Administração Pública não dispusesse de mecanismos para impor a vontade do Estado. Diante deste contexto é que a Constituição Federal outorga aos Tribunais de Contas medidas para forçar que os que foram responsabilizados pelas práticas de irregularidades cumpram suas obrigações.⁹¹

⁸⁹ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 75.

⁹⁰ ALVIM, Arruda, ALVIM, Eduardo Arruda, TAVOLARO, Luiz Antonio. **Licitações e Contratos Administrativos: Uma Visão Atual à Luz dos Tribunais de Contas**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 92.

⁹¹ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 73.

A Constituição prevê a aplicação de sanção proporcional ao prejuízo causado ao Erário, o que representa reparo do dano, ensejando um desestímulo ao mau uso dos recursos públicos.⁹²

Tal previsão consta do artigo 71, item VIII, da Constituição e tem a finalidade de despersuadir o administrador do cometimento de atos ilegais ou irregulares. A função sancionadora segue um desencadeamento lógico que ocorre posteriormente à fiscalização. Após a constatação de irregularidades, o TCU impugna o ato, identifica a ilegalidade e comunica ao responsável. Após tal procedimento, é aberto prazo para que o ato eivado de ilegalidade seja sanado e com isso seja transformado em um ato legal. Eliminada a ilegalidade, o Tribunal retira a impugnação; caso não ocorra o saneamento, há competência da Corte para a sustação do ato impugnado e aplicação das sanções determinadas em lei, sempre com a devida comunicação ao Poder Legislativo, tendo em vista que realiza juntamente com o TCU a função de controle. Frise-se que a sustação dos atos administrativos é de competência do TCU porém, a sustação de contratos é feita pelo Legislativo, caso esta não seja feita dentro do prazo legal, será a competência transferida para a Corte de Contas, a qual poderá sustar o contrato ilegal.⁹³

As sanções aplicáveis aos responsáveis por irregularidade de contas ou ilegalidade de despesa estão estipuladas no texto da Lei 8.443/92, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

No relatório elaborado pelo Tribunal de Contas da União, referente ao 2º trimestre de 2009, consta o número de processos julgados de forma conclusiva pelo

⁹² RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da administração pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 69.

⁹³ GUERRA, op. cit., p. 48-49.

TCU que ensejaram penas de multa ou de ressarcimento ao erário pelos responsáveis. Totalizaram 1.117 os processos de contas apreciados pela Corte, dos quais 407 houve condenação e em outros 46 processos de fiscalização, denúncia ou representação, foram aplicadas multa a 89 responsáveis.⁹⁴

O TCU no Acórdão nº 3671/2009 – 2ª Câmara, Ministro Relator Benjamin Zymler, tratou de Recurso de Reconsideração contra o Acórdão nº 1544/2008 que apurou fraude em licitação com base, dentre outras, nas seguintes evidências: nenhuma licitação apresentada estava acompanhada dos envelopes das empresas participantes; uma das empresas participantes apresentou proposta em data anterior ao recebimento do convite; o Termo de Adjudicação do Convite contempla a empresa Casema, enquanto a autorização para o fornecimento do objeto do convite é dado para a empresa Açucena. O recorrente afirmou que as irregularidades eram apenas de cunho formal, porém o TCU já pacificou entendimento de que a ocorrência de fraude em licitação não se trata de mera irregularidade formal e sim, de irregularidade grave, caracterizada pelo não atingimento do objeto pactuado, o que implica a imposição de débito aos responsáveis.⁹⁵

O referido Acórdão cita a Lei 8.443/92 na qual está prevista a possibilidade de aplicação de multa concomitante ao débito, o que não caracteriza uma dupla apenação pelo Tribunal. Este exerce fiscalização de natureza administrativa o que não impede que os mesmos fatos apreciados pelo TCU sejam também encaminhados à esfera judicial, para avaliação das responsabilidades civis e criminais. O ato de controle

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Atividades Anuais: 2º Trimestre de 2009**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2009, p. 20. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 31 agosto 2009.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3671/2009**. Relator Ministro Benjamin Zymler. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 29 agosto 2009.

exercido pelo TCU é processo autônomo de apuração, sujeito a rito próprio e independente, amparado pela Constituição Federal, especialmente em seus artigos 70 e 71; pela Lei nº 8.443/92 e pelo Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, cuja atuação independe de outras instâncias administrativas ou judiciais.⁹⁶

O Acórdão aduz que, nos termos do artigo 19 da Lei nº 8.443/92, quando o Tribunal julgar contas irregulares, havendo débito, condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora, se devidos, podendo, ainda, aplicar a multa prevista no artigo 57 da mesma Lei. É taxativo que a jurisprudência da Corte de Contas preceitua que o ônus da prova, quanto à boa e regular aplicação dos recursos públicos, cabe ao gestor, e não ao Tribunal.⁹⁷

As contas do agente público, pólo passivo da decisão proferida pelo TCU, foram julgadas irregulares, em síntese, pela ausência de comprovação da aplicação dos recursos repassados, pela não-conclusão do objeto conveniado e pela constatação de fraudes em procedimentos licitatórios, hipóteses legais objetivas previstas nas Leis nº 8.443/92 e 8.666/93 e na IN/STN nº 1/97.⁹⁸

Dentre as competências institucionais do TCU, inclui-se a aplicação de penalidades aos responsáveis por ilegalidades ou irregularidades nos atos de gestão. As possíveis sanções a serem aplicadas pela Corte estão previstas em normas constitucionais, legais e regimentais e incluem aplicação de multa e respectiva devolução do débito apurado, afastamento provisório do cargo, solicitação do arresto e declaração de indisponibilidade de bens dos responsáveis julgados em débito,

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ Ibidem.

declaração de inidoneidade de licitantes e inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública federal.⁹⁹

De acordo com o artigo 102 da Lei de Licitações, quando, dentre outros, os membros dos Tribunais de Contas verificarem a existência dos crimes previstos na referida lei, como o crime de fraude em licitações, apurado no Recurso de Reconsideração analisado acima, deverão remeter ao Ministério Público, pois é ele o responsável para promover a ação penal pública incondicionada e assim apurar a responsabilização penal dos agentes.

3.3 Limite de aplicação das sanções pelo TCU

Como estudado anteriormente, a conclusão a respeito do limite de aplicações de sanções pelo Tribunal de Contas é no âmbito administrativo, pois no âmbito penal os crimes são apurados pelo Ministério Público e o âmbito civil será apurado pelo Judiciário. Porém, em âmbito administrativo restou caracterizada pelo Acórdão citado que o TCU pode exigir o ressarcimento do débito, atualizado monetariamente e somado aos juros e também poderá aplicar multa aos responsáveis, caracterizando que o controle feito pela Corte de Contas nos crimes será somente em relação ao prejuízo causado ao erário público e o seu devido ressarcimento.

Constata-se que mesmo sendo um crime cabível tão somente ao Ministério Público promover a ação pública incondicionada, por ter como consequência uma obtenção de vantagem de natureza financeira, qual seja a adjudicação de uma licitação sem respeitar o caráter competitivo da mesma, cabe aos Tribunais de Contas

⁹⁹ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 272-273.

controlar as despesas decorrentes de contratos e demais instrumentos regidos pela Lei 8.666/93, como prevê o artigo 113 da referida lei. Portanto, pode o próprio Tribunal de Contas atuar diante da apuração e penalização de crimes, porém somente quando deles decorrerem desvios de despesas ou prejuízo ao erário público.

Como demonstrado, o Tribunal de Contas da União é organismo pertencente à estrutura do Estado, porém seu funcionamento não integra nenhum dos três Poderes. Suas deliberações decorrem sempre de uma análise dos atos dos agentes públicos. Ocorre aqui uma limitação na atuação deste ente estatal, visto que em contratos administrativos decorrentes de licitações, há além do agente público, particulares pertencentes a essa relação que escapam da competência de julgamento do TCU.¹⁰⁰

Porém, a competência do Tribunal de Contas da União irá alcançar estes particulares que causam dano ao erário, desde que se comprove a relação entre o dano causado e a participação do agente público na prática daquele ato, o que caracteriza certo impasse quanto à finalidade da atividade exercida pelo TCU, qual seja ser órgão fiscalizador do uso dos recursos públicos e consequentemente sancionador daqueles que fazem mau uso do dinheiro público. Cabe à Corte de Contas verificar nestes casos se houve atuação da entidade estatal para inviabilizar tais práticas e também recuperar os prejuízos causados pelo particular.¹⁰¹

Apesar da competência da Corte de Contas ser parcialmente limitada em relação aos particulares contratantes com a Administração Pública, como demonstra o

¹⁰⁰ ALVIM, Arruda, ALVIM, Eduardo Arruda, TAVOLARO, Luiz Antonio. **Licitações e Contratos Administrativos: Uma Visão Atual à Luz dos Tribunais de Contas**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 105.

¹⁰¹ BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 69-71.

Relatório de Atividades de 2009, no 2º trimestre, foram declaradas inidôneas para licitar com a Administração Federal 25 empresas, caracterizando portanto, a aplicação de sanções também em relação aos particulares que cometeram prejuízo ao erário mediante fraude ou mal uso dos recursos públicos. Tal medida sancionadora representa a possibilidade do próprio TCU aplicar, além de sanções de cunho pecuniário, outras que alcançam o patrimônio jurídico dos que forem responsabilizados.¹⁰²

Após proferir uma decisão, o TCU pode monitorar o seu cumprimento, tendo em vista que as determinações do Tribunal de Contas são de obediência obrigatória.¹⁰³

O Tribunal de Contas, na própria esfera administrativa, pode cobrar os valores devidos pelos agentes responsabilizados, podendo ainda realizar a constrição forçada do numerário, visando a efetiva aplicação de suas decisões. Somente quando não ocorre o cumprimento de suas decisões é que se faz necessária a busca de um resultado satisfatório no Poder Judiciário, por exemplo, quando não houver o pagamento da condenação ou a restituição dos valores pelos responsáveis.¹⁰⁴

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Atividades Anuais: 2º Trimestre de 2009**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2009, p. 20. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 31 agosto 2009.

¹⁰³ CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói: Impetus, 2007, p. 36-37.

¹⁰⁴ FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de contas: julgamento e execução**. Campinas: Edicamp, 2002, p. 139-140.

CONCLUSÃO

A autonomia do Tribunal de Contas da União sempre foi alvo de discussões, mas por força constitucional, foram definidas as competências e atribuições inerentes a este órgão.

O Tribunal de Contas é órgão autônomo, e no exercício de suas atribuições, não está subordinado à vontade de nenhum outro órgão.¹⁰⁵

A autonomia desta Corte de Contas decorre de sua própria função, eis que seria de enorme dificuldade se durante o exercício de controle externo, houvesse submissão a algum dos órgãos controlados.

Ao conferir a função de controle externo ao TCU, o legislador desejou que esta função fosse executada em toda a Administração Pública, de maneira a inibir a prática de condutas que prejudiquem o erário público e dêem prejuízo não só ao Estado, mas também a toda população. Porém, a própria lei de licitações, a Lei nº. 8.666/93 dividiu as competências para apuração desses danos, que podem ser de cunho pecuniário ou decorrentes de condutas criminosas, porém sempre com o fim comum de obter alguma vantagem perante à contratação com a Administração Pública.

Para apuração dos crimes descritos na referida lei, foi conferida a competência ao Ministério Público da União para promover a ação pública incondicionada e o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela lei é atribuição do Tribunal de Contas. No entanto, quando há

¹⁰⁵ DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 42.

ocorrência de crime de fraude em licitações públicas, a apuração do crime será de competência do Ministério Público, porém o dano causado ao erário e a penalização dos responsáveis quanto ao débito junto a Administração, serão apurados pelo Tribunal de Contas da União. Frise-se que não se trata de invasão de competência, apenas resta caracterizado que na ocorrência de fraude, este crime gera repercussões de cunho financeiro e por isto a conclusão de que o Tribunal de Contas, pelo menos em alguma parte é responsável também pelo controle dos crimes de fraudes em licitações.

Verifica-se, no entanto, que a apuração deste crime se dá na grande maioria das vezes após a ocorrência do dano, ou seja, o TCU atua de forma a punir os responsáveis pelo mau uso do dinheiro público.

Como contribuição acadêmica, sugere-se como uma estratégia possível de combate à corrupção e também aos crimes que têm como consequência o dano ao erário, a propagação de conceitos e aplicação dos princípios éticos e morais, com o objetivo de capacitar os agentes para uma melhor conduta durante e até mesmo antes do processo. A qualificação do quadro de agentes públicos, que são responsáveis por conduzir esses procedimentos administrativos de compras e contratações da Administração Pública, é também uma possibilidade de meio de defesa, pois gera reflexão e responsabilidade. Outra tentativa de combate a essas condutas fraudulentas é uma avaliação de resultados, pois esta é base para fiscalização e acompanhamento das operações.¹⁰⁶ Estas ações, se executadas pelo Tribunal de Contas da União em conjunto com o próprio Ministério Público, seriam favoráveis ao combate da corrupção e dos crimes previstos na Lei 8.666/93, tendo em vista que estes dois órgãos atuariam

¹⁰⁶ SOARES, Inaldo de Vasconcelos. **Fraudes nas gestões públicas e privadas**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 56.

previamente a estas condutas, de forma a inibir o fim almejado pelos agentes fraudadores, qual seja, o recebimento de vantagens ilícitas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio. **Licitações e Contratos Administrativos – Uma visão à luz dos Tribunais de Contas**. Curitiba: Juruá.

BRASIL. **Lei 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 maio 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas: orientações básicas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Atividades Anuais: 2º Trimestre de 2009**. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2009, p. 12. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 31 agosto 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Breve Histórico**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 15 maio 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **SÚMULA 078**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em 27 maio 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **SÚMULA 222**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em 27 maio 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **2ª Câmara. Acórdão 710/2008**. Brasília, DF, 25 de mar. 08. DOU de 27.3.08.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3671/2009 Relator Ministro Benjamin Zymler**. Disponível em: www.tcu.gov.br. Acesso em: 29 agosto 2009.

_____. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno**. Disponível em www.tcu.gov.br. Acesso em 10 junho 2009.

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. **Manual de Licitações Públicas: Uma abordagem prática e sem mistérios**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BUGARIN, Paulo Soares. **O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle da sociedade anônima**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1983.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. **Controle externo da gestão pública**. Niterói: Impetus, 2007.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Licitações e Contratos: Manual do Empresário**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de contas: julgamento e execução**. Campinas: Edicamp, 2002.

Fraude em Licitações – Prefeitura em conluio com licitantes. Desconsideração da personalidade jurídica das empresas. BDM – Boletim de Direito Municipal, São Paulo, v. 20, ago 04.

GASPARINI, Diogenes. **Crimes na Licitação**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: NDJ, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Dos crimes da lei de licitações**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os tribunais de contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9 ed. rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MUKAI, Toshio. **Curso avançado de licitações e contratos públicos**. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Controle externo da administração pública federal no Brasil**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SOARES, Inaldo de Vasconcelos. **Fraudes nas Gestões Públicas e Privadas**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SOUZA, Osvaldo Rodrigues de. **A força das decisões do Tribunal de Contas**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.